L'ACCROISSEMENT DU POUVOIR DÉCISIONNEL DE L'ACTIONNAIRE MINORITAIRE D'UNE SOCIÉTÉ ANONYME DE DROIT OHADA PAR LE RENFORCEMENT DES CONDITIONS DE MAJORITÉ DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES DANS UN PACTE EXTRASTATUTAIRE (ET AUTRES ALTERNATIVES)

Par

Ali BOROUMAND

Avocat Associé, Cabinet Heenan Paris

et

Laurence VANDERSTRAETE,

Avocat, Cabinet Heenan Paris

Depuis plus de vingt ans, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) modernise l'environnement du droit des affaires au sein de ses 17 États-membres.

Les Actes Uniformes adoptés par l'OHADA ont indéniablement participé à la formidable augmentation des investissements directs en Afrique sub-saharienne qui a eu lieu ces dernières années, en leur fournissant un cadre juridique adapté.

Toute législation nouvelle suscite des difficultés d'interprétation lors de son application. Le Traité OHADA prévoit que l'interprétation et l'application communes des Actes Uniformes OHADA, et notamment de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) qui concerne notre sujet, sont assurées en dernier ressort par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage OHADA (CCJA).

La jurisprudence de la CCJA n'a cependant pas encore répondu à un certain nombre de questions que se posent les praticiens. Cela est dû non seulement au fait que la législation OHADA est, somme toute, assez jeune mais surtout au fait que la vaste majorité des contrats liant les investisseurs et des acteurs locaux, étatiques ou privés, comprennent des clauses d'arbitrage faisant échapper un grand nombre de questions de droit à la juridiction de la CCJA.

L'une de ces questions concerne les droits renforcés d'un actionnaire minoritaire à s'opposer à des décisions importantes au sein d'une société anonyme OHADA. Actuellement, ces droits renforcés servent essentiellement les partenaires locaux publics ou privés participant à des *joint-ventures* avec des investisseurs étrangers mais demain, avec le développement d'entreprises innovantes africaines, ceux-ci intéresseront également les acteurs du *private equity*.

Les décisions soumises aux actionnaires dans une société anonyme requièrent soit une majorité simple[1], soit une majorité des deux tiers[2], avec pour conséquence que les investisseurs minoritaires détenteurs d'une participation inférieure à un tiers ne disposent d'aucun droit de véto sur des décisions pouvant impacter leur investissement.

[1] Article 550 de l'AUSCGIE.
[2] Articles 554 et 557 de l'AUSCGIE.

C’est pour cette raison que les co-investisseurs s’accordent, très souvent, dans le cadre d’un pacte d’actionnaires et/ou des statuts, à augmenter les majorités requises pour certaines décisions, voire même à requérir l’unanimité (par exemple, pour le changement d’objet de la société, les augmentations de capital, la cession d’actifs essentiels etc.) ou encore à imposer des quorums renforcés.

Cette approche très fréquente, notamment pour les investisseurs anglo-saxons, se heurte à la rédaction de l’article 557-1 de l’AUSCGIE, lequel dispose que sont nulles les délibérations prises en violation de l’article 546 et des articles 549 à 557 de l’AUSCGIE.

Une interprétation stricte de l’article 557-1 de l’AUSCGIE conduirait à considérer de nullité absolue toute modification des majorités prévues aux articles 550, 554 et 557 de l’AUSCGIE.

Si la nullité visant à sanctionner l’abaissement d’un seuil de majorité est indiscutable, l’interdiction de son renforcement est, en revanche, plus discutable car un tel renforcement est plus protecteur des droits des minoritaires et satisfait donc toujours l’un des objectifs de la loi.

La CCJA n’a pas encore eu à connaître de cette question et, à défaut d’une jurisprudence établie en la matière, les praticiens ont recours au droit comparé et, notamment, au droit des sociétés français, très proche du régime juridique institué par l’AUSCGIE (le Code de Commerce français incluant, en l’occurrence, une disposition identique à l’article 557-1 de l’AUSCGIE[3]).

La doctrine française est partagée sur ce sujet, notamment en raison de l’absence d’une jurisprudence incontestable de la Cour de Cassation[4]. Une partie de la doctrine considère que les clauses des pactes d’actionnaires renforçant les conditions de majorité dans les assemblées de société anonyme sont valables, à condition que celles-ci ne provoquent pas un blocage de la vie sociale et ne fassent pas obstacle à la possibilité de révoquer *ad nutum* les dirigeants[5].

[3] Voir l’article L.225-121 du Code de Commerce français.
[4] Un arrêt de la Cour de cassation semble admettre le renforcement des règles de majorité mais celui-ci ne constitue qu’une décision d’espèce qui ne met pas fin à la controverse (Cass. com. 20 févr. 1978, Rev. sociétés 1978.746).
[5] En ce sens, notamment, A.Charvériat *et al.*, *Sociétés Commerciales*, Mémento Pratique Francis Lefebvre, Editions Francis Lefebvre 2013, n° 69120 ; Y. Guyon, *Assemblées d’actionnaires*, Répertoire de droit des sociétés, septembre 2002, n°168 et S. Schiller, *Pactes d’Actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*, Répertoire de droit des sociétés, février 2009, n°103.

D'autres auteurs de doctrine estiment que le caractère absolu de la nullité instituée par le Code de Commerce ne permet en aucun cas d'y déroger[6].

En tout état de cause, ce débat ne permet pas de prendre une position tranchée sur l'étendue de la nullité instaurée par l'article 557-1 de l'AUSCGIE et il existe donc un risque lié à l'interprétation qui pourrait être donnée par la CCJA si celle-ci devait être saisie de cette question.

Compte tenu des enjeux, souvent considérables, des projets en Afrique, les investisseurs, comme les partenaires locaux, ont besoin de certitude et l'existence d'un risque doit conduire ceux-ci à choisir des solutions indiscutables.

Deux solutions peuvent être considérées afin de permettre à un actionnaire minoritaire d'avoir un droit de véto sur certaines décisions sans disposer de la minorité légale de blocage.

La première solution, qui est applicable quelle que soit la forme de la société par actions retenue, consiste en la création d'actions de préférence[7]. Les actions de préférence peuvent être créées lors de la constitution de la société ou au cours de son existence et peuvent être assorties de droits particuliers de toute nature que ce soit à titre temporaire ou permanent. La souplesse des conditions de création d'actions de préférence permettent de déterminer assez librement les droits dont peuvent être assortis les actions de préférence.

Ainsi, l'actionnaire minoritaire auquel les parties souhaitent octroyer un droit de véto souscrirait des actions de préférence auxquelles serait attaché un droit de véto relatif à certaines décisions. A titre d'exemple, si dans une société où un actionnaire majoritaire détenant 75% du capital social et un actionnaire détenant 25% du capital social souhaitent que toute modification de l'objet social ne puissent être réalisée que si les deux actionnaires sont d'accord, alors il conviendra d'émettre des actions de préférence à l'actionnaire minoritaire (ou de transformer les actions ordinaires de ce dernier en actions de préférence) et de prévoir dans les statuts que toute résolution visant à modifier l'objet de la société devra être adoptée par l'Assemblée

[6] En ce sens, notamment, P. Merle, *Droit Commercial – Sociétés Commerciales*, Dalloz, 14ème édition, 2010, n°493 et A. Bougnoux, *Assemblées d'actionnaires. Assemblées générales extraordinaires. Généralités. Fonctionnement*, JCL Fasc. 140-10, 18 mars 2013, n°81.
[7] Article 778-1 de l'AUSCGIE.

Générale Extraordinaire et l'Assemblée Générale Spéciale des titulaires d'actions de préférence.

La seconde solution qui peut être envisagée est l'utilisation d'une autre forme de société, à savoir la société par actions simplifiée qui présente l'avantage de laisser les actionnaires libres d'organiser la gouvernance de la société et par conséquent de fixer librement les majorités au sein des assemblées d'actionnaires.

Le corolaire de cette liberté d'organisation réside dans l'obligation pour les actionnaires de prévoir des statuts très complets s'ils souhaitent avoir une gouvernance qui fonctionne sur le long terme et que l'intérêt des minoritaires soit globalement et efficacement protégé. C'est d'ailleurs pour cette raison que la transformation d'une société existante en société par actions simplifiée requiert l'accord unanime des associés[8].

La société par actions simplifiée est donc une forme de société à manier avec beaucoup de précaution et préconisée dès lors que les coactionnaires souhaitent, au-delà du relèvement du seuil de majorité au sein des assemblées d'actionnaires, appliquer au sein de leur société des mécanismes plus souples que ceux prévus par la loi.

[8] Article 853-6 de l'AUSCGIE.